

FUNDAMENTOS N.º 8

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO Y DEL DERECHO

Coordinador: Miguel Ángel Presno Linera



Junta General
del Principado de Asturias

2014

FUNDAMENTOS

ISBN: 978-84-8367-470-3

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <<http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html>>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Depósito legal: AS-1503/2014

INDICE

La metamorfosis del Estado y del Derecho: presentación.	
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA/PATRICIA GARCÍA MAJADO	7
Autores	21

PRIMERA PARTE

APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y METODOLÓGICA

La idea de Estado de Derecho. MICHAEL STOLLEIS	25
Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización. IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ	57

SEGUNDA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL ESTADO

Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO	83
Rapporti tra poteri nello Stato di Diritto del secolo XXI. ROBERTO BIN	121
Le teorie del costituzionalismo globale e la sfida dei mercati finanziari. CESARE PINELLI	141
Los Organismos Reguladores en el Estado constitucional del siglo XXI: su independencia (especial referencia al caso español). EDUARDO VIRGALA FORURIA	161
Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza. MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA	213

TERCERA PARTE

LA METAMORFOSIS DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS

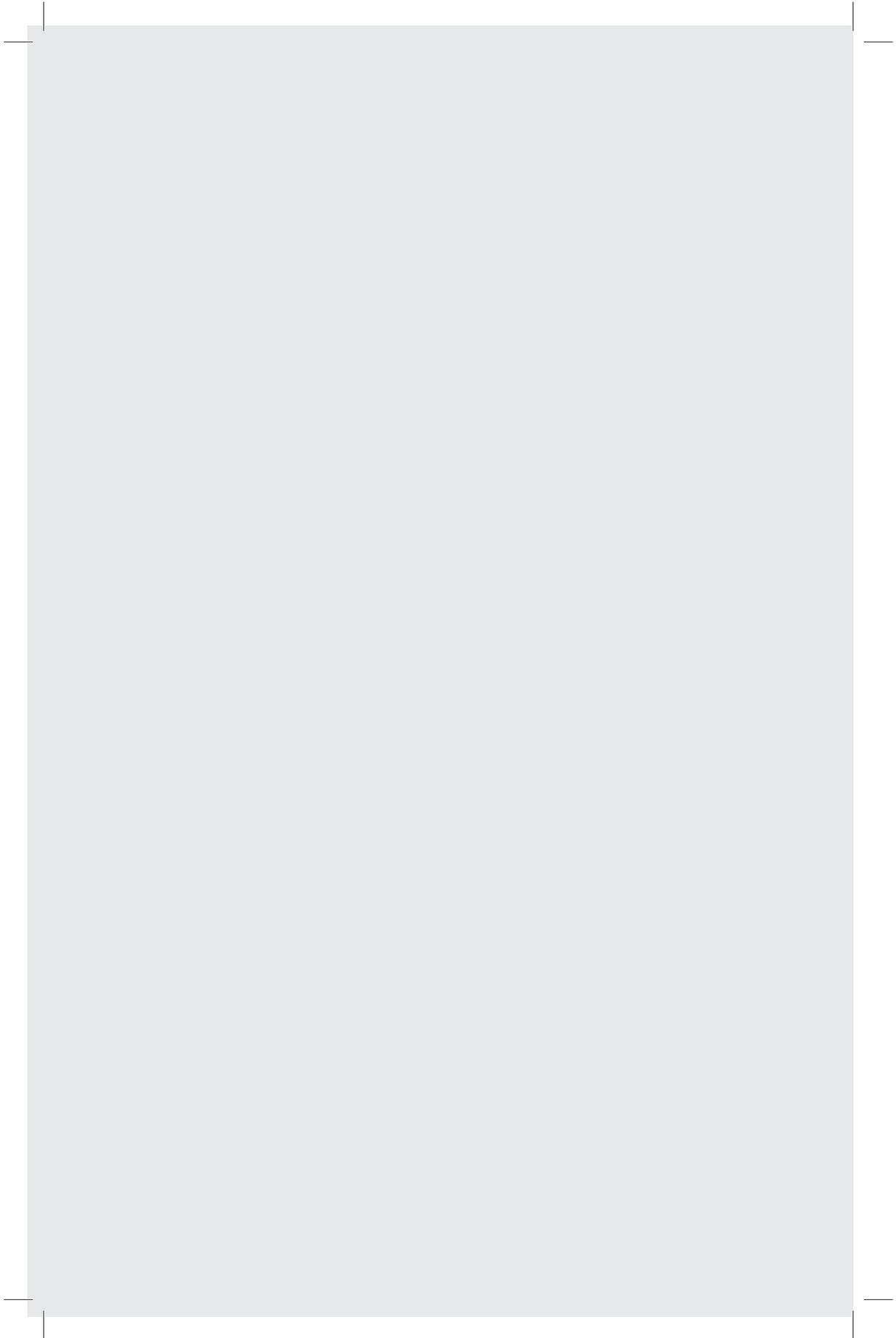
La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado. MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ	255
El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales. FERNANDO REY MARTÍNEZ	289
¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas. JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA	313
Il sublime dell'eccezione. MASSIMILIANO GUARESCHI/FEDERICO RAHOLA	355

LE TEORIE DEL COSTITUZIONALISMO GLOBLALE E LA SFIDA DEI MERCATI FINANZIARI

Cesare Pinelli

SUMARIO

1. Oggetto dello studio.
2. L'ipotesi del diritto costituzionale internazionale.
3. L'ipotesi del *Global Administrative Law*.
4. L'ipotesi del costituzionalismo sociale.
5. Suggestimenti di risposte politiche alla sfida dei mercati finanziari.
6. Finanza globale e processi di differenziazione.
7. Un tentativo di ridefinire la posta in gioco per il costituzionalismo democratico.



I. OGGETTO DELLO STUDIO

Influenti scuole di giuristi europei e americani sono da qualche tempo impegnate nel tentativo di fornire una prospettiva di teoria costituzionale al fenomeno della globalizzazione. Le accomuna la duplice convinzione che il nesso stato-costituzione sia una creazione storica, non un vincolo logico o assiologico inscindibile, e che sia vano inseguire disegni di una costituzione mondiale. Muovendosi nello spazio fra le due negazioni, esse si propongono di verificare come sia possibile interpretare la globalizzazione in termini costituzionalistici, se non di cogliere le ‘costituzioni parziali’ degli ordinamenti giuridici che di volta in volta si reputino da essa emergenti. Le pagine che seguono danno brevemente conto di tali tentativi e ne ricercano la tenuta su versanti differenti ma complementari: la capacità di affrontare la questione della frammentazione degli ordinamenti giuridici e politici indotta dalla globalizzazione, e quella di cogliere la natura della sfida lanciata dai mercati finanziari ai principi del costituzionalismo nel corso della crisi dell’Eurozona.

2. L’IPOTESI DEL DIRITTO COSTITUZIONALE INTERNAZIONALE

Uno dei primi tentativi ha riguardato la *World Trade Organization*. A differenza delle altre organizzazioni internazionali che agiscono in campo economico, come quelle di Bretton-Woods (FMI e Banca Mondiale), il processo decisionale interno alla WTO non si fonda sul voto ponderato bensì sulla regola che ciascuno Stato dispone di un voto; le sue funzioni consistono tanto nell’accentrare in una sola sede gli accordi sul commercio internazionale di beni, servizi e proprietà intellettuale, quanto nel facilitarne l’esecuzione e il funzionamento, soprattutto grazie a un distinto apparato

giurisdizionale per la risoluzione delle controversie interstatali circa la loro corretta applicazione, composto da *Panels* costituiti di volta in volta per le istanze di primo grado e da un *Appellate Body* stabile, formato da giudici nazionali che si alternano a rotazione, per le decisioni in appello sulle questioni di diritto. Questi elementi autorizzano a ritenere che si tratta di un ordinamento giuridico,¹ senza che l'istituzione dell'organizzazione tramite un trattato internazionale basti a smentirlo: per risultare credibile, la WTO deve poter esercitare le proprie funzioni in modo indipendente dagli Stati come dalle imprese, ed evitare così quei fenomeni di 'cattura' degli interessi organizzati di cui parlano gli studi americani sulle agenzie.²

Peraltro, l'invito a considerare l'accordo istitutivo della WTO come se si trattasse di una costituzione non viene tanto giustificato con le sue caratteristiche organizzative, quanto col fatto che il Preambolo dell'accordo annovera gli obiettivi della "qualità della vita", della "piena occupazione" e dello "sviluppo sostenibile" accanto a quello della crescita del volume degli scambi commerciali,³ con una conseguente ricerca di congegni di garanzia dei soggetti deboli, in presenza di una intensificazione esponenziale degli scambi commerciali che è rimasta indifferente alle conseguenze redistributive.⁴

Parallelamente, la considerazione che la WTO agisce come "interfaccia" dei sistemi regolativi nazionali sollecita l'esigenza di protezione dei diritti dell'uomo, che a sua volta rende manifesto il volto costituzionale dell'organizzazione.⁵ Si può dire dunque che l'invito a trattare l'accordo istitutivo del WTO come se si trattasse di una costituzione non presuppone che quello del WTO sia già un ordinamento costituzionale, e nello stesso tempo riflette una visione prescrittiva e contenutistica della nozione di costituzione.

¹ M.D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008, 112.

² C.Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, 1307.

³ J.H.Jackson, *The World Trade Organization and the 'Sovereignty' Question*, in *Legal Issues of European Integration*, 1996, 186.

⁴ G.R.Shell, *Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization*, in *Duke Law Journal*, 1995, 907.

⁵ E.-U. Petersmann, *The WTO Constitution and Human Rights*, in *3 Journal of International Economic Law*, 19 (2000). Più in generale cfr. D.Z.Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization – Legitimacy, Democracy and Community in the International Trading System*, Oxford, OUP, 2005.

Un approccio analogo si avverte nei fautori di un “diritto costituzionale internazionale”. Anche qui si riconosce che l’ordinamento internazionale non può assimilarsi in termini costituzionalistici a quelli nazionali, e d’altra parte si avverte che non è in gioco la ricerca di una costituzione mondiale. Tuttavia, si invita a valutare i sintomi di una sua graduale costituzionalizzazione. Sul piano formale essi vengono ricavati dalla possibilità di individuare una gerarchia interna fra lo *ius cogens* e la Carta delle Nazioni Unite e, all’esterno, da un’embrionale strutturazione federale dei rapporti fra diritto internazionale e diritti nazionali, in quanto fondata sulla preservazione dell’unità assicurata dalle norme di grado superiore.⁶ Dal punto di vista sostanziale si invita a guardare alla estensione delle aree di protezione giurisdizionale dei diritti umani, alle richieste di democratizzazione interna e alle forme di sorveglianza internazionale sulle elezioni politiche in vari Stati come ad altrettanti esempi di costituzionalizzazione del diritto internazionale.⁷ La WTO e l’Unione europea costituirebbero le punte più avanzate,⁸ e la costituzionalizzazione dell’UE viene addirittura assunta a modello per quella del diritto internazionale.⁹

Per i fautori di questo indirizzo, vicende come l’intervento armato degli Stati Uniti in Iraq e più in generale l’“eccezionalismo” americano, col rifiuto di considerare giuridicamente vincolanti, sul piano interno, le norme di diritto internazionale, pur contrastando di fatto la tendenza verso la costituzionalizzazione, potrebbero venire più efficacemente ritenute ingiustificate proprio assumendo una prospettiva costituzionalistica del diritto internazionale.¹⁰

Infine, all’obiezione che la crescita di regimi settoriali (commercio, ambiente, diritto penale) impedirebbe di concepire il diritto internazionale in

⁶ J.A.Frowein, *Konstitutionalisierung des Voelkerrechts*, in K.Dicke et al. (a cura di), *Voelkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Enstaatslichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Mueller, Heidelberg, 2000, 427 ss., A.Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), 598, e E.De Wett, *The International Constitutional Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, January 2006, 57 ss.

⁷ A.Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 599 ss., e E.De Wett, *The International Constitutional Order*, cit., 67 ss.

⁸ A.Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 595 e E.De Wett, *The International Constitutional Order*, cit., 52 ss.

⁹ M.Kumm, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, 15 *European Journal of International Law*, 907 (2004).

¹⁰ A.Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 605.

senso unitario, e a maggior ragione in senso costituzionalistico,¹¹ si replica che i singoli regimi possono ritenersi idonei a dar vita ad altrettante “costituzioni parziali”, il che potrebbe costituire ostacolo alla costituzionalizzazione del diritto internazionale solo a patto di considerare implicita nella stessa nozione di costituzione un’istanza di regolamentazione politica totale della vita collettiva nel senso di Heller, come accadde all’epoca di formazione dello stato moderno in reazione alla moltiplicazione dei centri di autorità tipica dell’ordine medioevale; viceversa, riconosciuto che a seguito della globalizzazione le stesse costituzioni nazionali hanno perduto quell’istanza unificante, l’ipotesi del diritto costituzionale internazionale faciliterebbe lo sviluppo di regole di collisione fra i vari sottosistemi.¹²

In definitiva, l’ipotesi della costituzionalizzazione si reggerebbe su un *Als-ob*: un progetto per interpretare il mondo come se fosse tenuto insieme da vincoli costituzionali.¹³ In questi termini, la replica non appare tuttavia in grado di soddisfare le obiezioni dei critici. Concede loro che nei singoli settori si vanno affermando costituzioni parziali, senza però rinunciare al tentativo generale di concepire il diritto costituzionale internazionale come una sorta di compensazione della “decostituzionalizzazione” nel frattempo verificatasi negli ambiti nazionali a seguito della globalizzazione. Ma se è vero che la pretesa di concepire la costituzione come un piano politico totale è divenuta insostenibile negli ambiti nazionali, l’ipotesi della compensazione presuppone pur sempre una omogeneità fra quanto si perde e quanto si ottiene, mentre l’affermazione delle costituzioni parziali vanifica questa possibilità, tanto più se si considera che le regole di soluzione dei conflitti fra di esse, che potrebbero rappresentare il solo ancoraggio di un diritto costituzionale internazionale concepito in senso unitario, almeno sul piano giuridico rimangono mere ipotesi teoriche.

Di queste difficoltà è stata data una spiegazione quasi sociologica. La tesi di un diritto costituzionale internazionale in formazione, peraltro non priva di illustri precedenti,¹⁴ è oggi prevalentemente sostenuta da internazionalisti

¹¹ C. Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance—Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, (2001) 44 *German Yearbook of International Law* 170, 191 ss.

¹² A. Peters, *Compensatory Constitutionalism*, cit., 603.

¹³ D. Kennedy, “*The Mystery of Global Governance*”, in *Ohio Northern University Law Review*, 2008, 841.

¹⁴ B. Mirkine Guëtzevitch, *Droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933.

alla ricerca di una cornice di concetti universali e supremi del cui sapere costoro sarebbero gli esclusivi detentori, e trova il proprio epicentro in Germania, dove il rapporto fra diritto costituzionale e diritto internazionale è stato per ragioni storiche particolarmente intenso.¹⁵

3. L'IPOTESI DEL GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW

Altri critici, nel rilevare le scarse chances dei fautori del diritto costituzionale internazionale nella loro ricerca del fondamento costituzionale, in termini di legittimazione democratica, degli ordini emergenti su scala globale, estendono la loro critica a studiosi di altre matrici disciplinari come David Held e Jurgen Habermas. Anziché perseguire tentativi simili, ritenuti eccessivamente ambiziosi in questa fase di sviluppo della globalizzazione, costoro puntano sulla più modesta ma più realistica prospettiva del *Global Administrative Law* (GAL), che ha preso le mosse dalla New York University e ha trovato una sponda importante in Italia negli studi di Sabino Cassese e della sua scuola.¹⁶ La prospettiva del GAL sarebbe più modesta e realistica perché incentrata non più sulla legittimazione generale del diritto globale, bensì sui meccanismi idonei a far valere la responsabilità dei poteri pubblici e privati – dalla tutela giurisdizionale ai congegni di responsabilità di fronte agli elettori – così come elaborati dal diritto amministrativo in sede nazionale, e sulle questioni poste dalla fissazione di standards globali e dall'emergere di organizzazioni e agenzie transnazionali e globali, soprattutto in ordine ai moduli di partecipazione ai processi decisionali che vi si svolgono e all'attuazione degli standards. Il tutto sulla premessa che i governi nazionali, nell'impossibilità di formare un solo ordinamento giuridico con un governo cosmopolitico, avrebbero dato vita a governi e a regolazioni di settore che di fatto competono con essi.¹⁷

Il GAL mira a comprendere i vari meccanismi di funzionamento della *governance* e della regolazione globale, il che, come accade agli altri in-

¹⁵ C.Schwoebel, *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers*, in *German Law Journal*, vol. 13, No.1, 2012, rispettivamente 7 e 19.

¹⁶ N.Krisch, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2009, 12. Fra i principali studi sul GAL v. B.Kingsbury, N.Krisch, R.Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, Institute for International Law and Justice Working Paper 2004/1, e S.Cassese, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.

¹⁷ S.Cassese, *The Global Polity*, cit., 23.

dirizzi teorici che concentrano i loro sforzi sul momento analitico, trova giustificazione nel fatto che siamo tutti agli inizi di un percorso senza poter disporre di mappe capaci di guidarci. Inoltre, è inevitabile che, nel tentativo di decifrare un fenomeno che le coinvolge tutte come la globalizzazione, le diverse discipline competano fra loro nel ricercarne ciascuna una chiave il più possibile comprensiva e, così, di reinventarsi.¹⁸

Ciò non impedisce tuttavia di notare che, rinunciando all'“ambizione costituzionalistica”, gli studiosi del GAL perdono di vista i principi che i filoni scientifici prima esaminati intravedono o invitano a individuare nei governi settoriali emersi dalla globalizzazione. Registrano la frammentazione come un dato, senza occuparsi della formazione delle costituzioni parziali all'interno dei singoli settori e del conseguente problema delle modalità della loro composizione. Non si può dire, dunque, che gli studiosi del GAL si occupino di oggetti di indagine diversi da quelli che interessano gli studi di diritto costituzionale internazionale. In buona parte si tratta dello stesso oggetto trattato da punti di vista diversi, e a mio giudizio complementari. In particolare, una volta escluso che il principio costituzionale di corrispondenza fra potere e responsabilità sia riferibile ai soli poteri pubblici statali, la ricerca dei congegni e delle sedi di esercizio del potere in ambito globale, sovranazionale e transnazionale non potrà non collegarsi a quella delle corrispondenti misure di responsabilità che già in quegli ambiti vengono fatte valere, o potrebbero esserlo.¹⁹

Diversamente, l'embricazione di punti di vista sfocia in un dilemma. Se le indagini sul GAL consentono nell'immediato maggiori certezze in termini conoscitivi a costo di smarrire la dimensione prescrittiva, gli studi di diritto costituzionale internazionale tentano di stabilire una continuità sul piano dei principi con il precedente assetto dei rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale, ma non spiegano come sia realizzabile in presenza di costituzioni parziali ancora embrionali, e soprattutto prive di regole di soluzione dei reciproci conflitti. Il dilemma ruota dunque intorno alla fram-

¹⁸ D.Kennedy, “*The Mystery of Global Governance*”, cit., 835. Secondo M.Koskenniemi, *The Politics of International Law – 20 Years Later*, in *European Journal of International Law*, vol. XX, 2009, n. 1, 12, nello spazio transnazionale non si sarebbe sviluppata una narrazione di diritto internazionale ma una specializzazione o una creazione di regimi speciali di conoscenza negli ambiti del diritto commerciale, dell'ambiente, della sicurezza, internazionale penale, europeo e così via.

¹⁹ C.Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, cit., 1301 ss.

mentazione del diritto globale, che o si assume come un presupposto pacifico o diventa un problema insolubile.

4. L'IPOTESI DEL COSTITUZIONALISMO SOCIALE

La tesi del “costituzionalismo sociale” che fa capo a Gunter Teubner supera questo dilemma. A differenza dei fautori della coincidenza necessaria tra stato e costituzione come Dieter Grimm, secondo cui l'emergere dei governi settoriali su scala globale consisterebbe in una giuridificazione senza costituzione di ambiti sociali,²⁰ per Teubner il “costituzionalismo della società mondiale che esiste al giorno d'oggi” non solo fa saltare “lo stretto accoppiamento strutturale dei sistemi funzionali con la politica e con il diritto nazionali”, ma costruisce in positivo “strutture di stato di diritto per le necessità di una rete mondiale di comunicazioni funzionali specifiche”.²¹

E' appena il caso di segnalare il diverso significato che la nozione di costituzione rispetto a quello corrente nella scienza costituzionalistica. La sua dimensione prescrittiva diventa irrilevante, mentre ciò che conta, sulla scia di Luhmann, è la sua valenza funzionale: in quanto “forma nella quale il sistema giuridico reagisce alla propria autonomia” onde “rimpiazzare quei sostegni esterni che erano stati postulati dal giusnaturalismo”, “la costituzione chiude il sistema giuridico disciplinandolo come un ambito in cui essa ricompare a sua volta”.²² Citando ancora Luhmann, Teubner afferma che “Il significato originario di *constitutio*, termine medico per indicare la condizione di un corpo come malato o sano, è ancora presente in ogni costituzione propriamente detta, perché le operazioni della costituzione interna mirano sempre ad assicurare due cose: il buon funzionamento degli organi interni e l'attitudine del corpo alla vita nel suo ambiente”.²³

Tuttavia il ‘costituirsi’, ossia la connotazione strutturale di una costituzione, non esaurisce affatto il concetto teubneriano di costituzione. Una volta che si siano costituiti, i sistemi parziali generano energie che accanto agli effetti produttivi conducono a conflitti sociali così disastrosi “da rendere neces-

²⁰ D.Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, 2005, n. 2, 460 ss.

²¹ G.Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano, 2012, 73.

²² N.Luhmann, *La costituzione come conquista evolutiva*, in G.Zagrebel'sky, P.P.Portinaro, J.Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1997, 94.

²³ G.Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 89.

saria una drastica correzione di rotta della politica costituzionale”, per cui “Al posto di norme costituzionali costitutive sono ora richieste norme limitative”.²⁴

Prima di proseguire l’illustrazione del pensiero di Teubner si impone un’avvertenza. Se si trattasse di porre a raffronto teorie costituzionali in quanto tali, dovremmo interrogarci sui margini di compatibilità fra le rispettive premesse, la cui eterogeneità riflette diverse matrici scientifico-disciplinari.²⁵ Il nostro discorso verte però sugli usi del concetto di costituzione di fronte a trasformazioni anche giuridiche della convivenza che rimettono in discussione la tradizionale coesistenzialità delle nozioni di stato e di costituzione. Che alcune premesse divergano fra loro sullo stesso concetto di costituzionalismo anziché semplicemente sulle concezioni di un concetto condiviso,²⁶ servirà da *caveat*, ma non impedirà di esaminare gli apporti che ciascuna tesi potrebbe fornire al comune oggetto di indagine, salvo a verificarne poi gli spazi di reciproca contaminazione in termini teorici.

D’altra parte la globalizzazione ha rimescolato le carte anche all’interno degli ambiti scientifico-disciplinari. Lo dimostra lo stesso Teubner quando scrive che “una costituzione non sorge solo nel sistema politico, come pensa Luhmann, ma in ogni sistema sociale, purché i suoi meccanismi riflessivi siano sorretti da norme giuridiche secondarie”.²⁷ A questo riguardo aggiunge che “ogni sistema funzionale presenta una differenziazione interna in un ambito organizzato-professionale e in uno spontaneo. Il primo ambito è composto, a sua volta, da organizzazioni che agiscono a livello decentrato e istanze di autoincremento centrali. Dal canto loro, le costituzioni politiche hanno già allestito, nelle loro sezioni organizzative, la corrispondente differenziazione interna della politica per mezzo di norme dettagliate: diritto di voto; diritti fondamentali politici; norme di competenza e procedurali

²⁴ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 75-76.

²⁵ Non a caso, secondo G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 109 “Con buona pace dei giuristi, il diritto non gioca il ruolo principale in tutte le costituzioni, siano esse statali o sociali. La costituzionalizzazione è sempre innanzitutto autocostruzione del *medium* comunicativo di un sistema sociale, della politica, dell’economia, dei media, della sanità. In questi processi, il diritto assume un ruolo indispensabile ma ancillare. Un concetto di costituzione valido nel costituzionalismo sociale deve conservare la consapevolezza del fatto che le costituzioni sono innanzitutto processi sociali, e solo in un secondo momento processi giuridici”.

²⁶ Come notato da N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, May 2002, 333.

²⁷ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 112, che afferma di intendere le “norme giuridiche secondarie” nel senso di H.L. Hart.

per parlamento, governo e amministrazione. Ma anche negli altri sistemi funzionali esistono candidati a una tale costituzionalizzazione, non solo nelle strutture organizzate (come imprese, banche, fornitori di accesso a Internet, organizzazioni sanitarie, associazioni di professionisti e università), ma anche nell'ambito spontaneo, cioè nelle opinioni pubbliche parziali funzionalmente specifiche".²⁸

In questa prospettiva l'ipotesi delle costituzioni sociali diventa la risposta aggiornata dei teorici della differenziazione funzionale dei sistemi sociali al disallineamento fra politica e diritto verificatosi in ambito statale con la globalizzazione. Tale ipotesi rende visibile come la globalizzazione, nonostante i temuti rischi per la democrazia e per lo stato di diritto cui viene sovente associata, offra l'opportunità in ciascun settore sociale "di dare una nuova forma al rapporto tra ambito spontaneo e organizzato", attraverso un "costituzionalismo dal basso" capace di "assicurare la politicizzazione dell'ambito spontaneo rispetto alle pretese di dominio dell'ambito organizzato-professionale", come dimostrano i vari movimenti (Brent Spar, Wikileaks, indignados, Occupy Wall Street) rivolti "non solo contro lo stato, ma anche, in maniera decisa, contro l'ambito organizzato-professionale dell'economia e degli altri sistemi funzionali".²⁹

La frammentazione del diritto e del governo globale, che nei tentativi teorici di costituzionalismo globale prima considerati o veniva assunta come un presupposto pacifico o si traduceva in un problema insolubile, diventa addirittura un'opportunità dal punto di vista del costituzionalismo sociale. Ciò si spiega anzitutto perché i processi di differenziazione funzionale dei sistemi sociali rientrano fra le premesse della teoria sistemica ben prima della globalizzazione della fine dello scorso secolo, e in secondo luogo grazie alla mossa di Teubner, che disancora nel modo che abbiamo visto il costituzionalismo sociale dal sistema politico: "Nella differenziazione funzionale, si è azzardato il rischioso esperimento di rinunciare alla grande unità della società e di liberare invece una moltitudine di energie sociali frammentarie che – non essendo limitate da nessun principio opposto incorporato – generano un'incredibile dinamica incrementale interna. Sono state così rese possibili grandi conquiste civilizzatrici nell'arte, nella scienza, nella medicina, nell'economia, nella politica, nel diritto. Ma il lato oscuro

²⁸ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 90-91.

²⁹ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 93.

di ciascuno di tali principi incrementali può condurre a momenti catastrofici, i momenti costituzionali che rendono possibile l'esperienza collettiva di apprendimento dell'autolimitazione."³⁰

In tale prospettiva, la frammentazione non si traduce più in un dilemma. Se nel dibattito in corso la frammentazione viene "vista come un deficit da superare, e non come una sfida per definire in modo diverso i problemi costituzionali della società mondiale e trovare nuove soluzioni", occorre invece "smetterla di interpretare la frammentazione come un problema da sanare, staccandosi così dall'idea di una costituzione globale unitaria. L'attenzione si concentrerà, invece, sui fondamentali conflitti tra i frammenti. Ma allora un diritto costituzionale diffuso non può fungere da diritto unitario, bensì solo da diritto costituzionale globale delle collisioni".³¹ Più precisamente, si pone la questione di come contrastare i "momenti catastrofici" che la "dinamica incrementale interna", guidata da "l'obbligo di produrre sempre di più",³² determina nell'ambito dei singoli sistemi parziali.

Dopo il totalitarismo politico del secolo scorso non è più pensabile "una statalizzazione permanente del sistema parziale", né "un controllo amministrativo dei processi di comunicazione globali", e del resto l'esperienza suggerisce che il tentativo di controllare processi interni attraverso interferenze esterne è di solito destinato a fallire; rimane la possibilità della "autolimitazione, forzata dall'esterno, delle opzioni del sistema": "Un ordinamento costituzionale globale si trova di fronte il seguente compito: come si può produrre una pressione interna sui sistemi parziali talmente massiccia da rendere efficace, nei loro processi interni, l'autolimitazione delle scelte di comportamento?".³³ Si aggiunga che, secondo Teubner, nella sfera economica come in quella politica, le autocorrezioni non si realizzano di fronte all'"astratto pericolo di un collasso", ma solo quando "la catastrofe incombe nell'immediato": "Solo allora emergono una presa di coscienza e una spinta al cambiamento sufficientemente potenti da permettere un drastico cambiamento di rotta".³⁴

In ogni caso non bisogna dare per scontato "nel lungo periodo, che il costituzionalismo mondiale si limiti alla sua funzione costitutiva in senso uni-

³⁰ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 82.

³¹ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 21.

³² G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 79.

³³ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 83.

³⁴ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 81.

lateralmente ‘neoliberale’. E’ solo questione di tempo prima che le energie sistemiche liberate, accanto agli effetti innegabilmente produttivi, scatenino conseguenze talmente disastrose, in termini di conflitti sociali, da rendere necessaria una drastica correzione di rotta della politica costituzionale”.³⁵

La riforma monetaria, proposta di recente in Gran Bretagna, in Svizzera e in Germania per contrastare gli eccessi della crescita economica, viene addotta da Teubner come esempio di una simile “drastica correzione di rotta della politica costituzionale”. Si tratta di agire sul meccanismo di creazione della moneta, che la diffusione di moneta scritturale nei conti correnti, l’espansione delle operazioni di pagamento non in contanti e la globalizzazione della circolazione di denaro e capitali hanno sottratto al monopolio delle banche centrali e attribuito alle banche commerciali, col risultato di spingere la crescita dell’economia reale fino a una misura che produce danni sociali, e di aumentare “la speculazione finanziaria autoreferenziale”.³⁶ Anziché alla decrescita, la riforma dovrebbe mirare, attraverso una modifica dello Statuto della BCE e conformi misure su scala globale, a ripristinare il monopolio delle banche centrali sulla creazione di tutta la moneta, a mettere in circolo questo denaro esente da debiti attraverso la spesa pubblica, e a impedire così la creazione di denaro a giro da parte delle banche.³⁷

5. SUGGERIMENTI DI RISPOSTE POLITICHE ALLA SFIDA DEI MERCATI FINANZIARI

Il sostegno a questo genere di proposte dimostra come, nel rispondere alla sfida della finanza globale al costituzionalismo, Teubner ricorra alle tradizionali risorse della politica, e quindi a una limitazione esterna del sistema parziale della finanza, accantonando l’ipotesi dell’autolimitazione avanzata a proposito delle costituzioni parziali. Eppure, al pari degli altri ambiti coinvolti dai processi di globalizzazione, per i mercati finanziari non si sarebbe avuto “un processo evolutivo alla cieca, in cui i mercati diventavano spontaneamente globali. Piuttosto, ciò è avvenuto con l’attiva partecipazione della politica e del diritto. Sull’abbattimento delle barriere nazionali e su una politica esplicita di *deregulation* si è sviluppata una costituzione globale dei mercati finanziari voluta dalla politica e resa stabile dal diritto, che ha scatenato dinamiche fuori controllo”.³⁸

³⁵ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 75.

³⁶ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 103.

³⁷ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 107.

³⁸ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., 17.

Il contrasto fra l'analisi e le soluzioni appare evidente. Per coglierne le ragioni è necessario chiedersi in che cosa quel sistema parziale si discosti dagli altri al punto da richiedere, a fronte di una tendenza incontrollata alla crescita tendente alla catastrofe, una contropinta ben diversa dall'autolimitazione.

In effetti, il genere di proposte prospettato da Teubner appare simile a quello avanzato da giuristi e politici, che peraltro divergono fra loro nel giudicare la natura della finanza globale. Dopo aver designato con questo termine l'insieme di banche commerciali internazionali, di fondi di varia denominazione e specie, di responsabili della gestione di volumi di liquidità raccolti da gruppi di imprese sovranazionali nonché di banche di credito ordinario, operanti quotidianamente su scala globale,³⁹ Giuseppe Guarino ritiene inappropriato parlare di "speculazione": a suo avviso gli operatori della finanza privata internazionale hanno concorso in modo efficace allo sviluppo delle attività economiche e del commercio internazionale, anche attraverso la creazione dei derivati, e ne parla come di "un sistema che in dipendenza del principio di doverosità, vincolata al conseguimento del maggior profitto, si spinge fin dove lo porta la sua forza. Contenerlo entro i limiti in cui la sua funzione è utile, o addirittura essenziale, risponde all'interesse non solo della collettività economica mondiale, ma anche dello stesso sistema finanziario. Il sistema, qualora si consolidassero gli indirizzi in atto, potrebbe travolgere l'euro. Costretto nei suoi corretti confini, trasmetterebbe impulsi benefici, e altrettanti ne riceverebbe da una Unione politica europea, in grado di ricondurre il nostro continente al ruolo tradizionalmente esercitato, e che gli spetta, di costituire uno degli assi portanti dell'economia globale".⁴⁰

Ben diversa è l'opinione di Helmut Schmidt, secondo cui "Ci troviamo di fronte a uno scenario in cui alcune migliaia di speculatori finanziari americani ed europei e qualche agenzia di rating hanno preso in ostaggio i governi con la maggiore responsabilità politica in Europa... Nel 2008 e 2009 i governi di tutto il mondo hanno salvato le banche con le garanzie e il denaro dei contribuenti. Ma già dal 2010 questa schiera di manager finanziari super intelligenti e al tempo stesso soggetti a psicosi ha ripreso a giocare al vecchio gioco dei profitti e dei bonus". Schmidt invita i membri

³⁹ G. Guarino, *L'Europa imperfetta. Ue: problemi, analisi, prospettive*, in Id., *Diritto ed economia. L'Italia, l'Europa, il mondo*, in *Quaderni di Economia italiana*, 2011, 225.

⁴⁰ G. Guarino, *L'Europa imperfetta*, cit., 227.

dell'eurozona a mettere in atto congiuntamente una serie di regole per i propri mercati finanziari, dalla distinzione fra banche commerciali da una parte e banche di investimento e banche ombra dall'altra, al divieto di vendite allo scoperto di titoli e di commercio dei derivati non ammessi dagli organi di vigilanza sulle borse, fino a una limitazione dei giri d'affari delle agenzie di rating con effetti sull'eurozona: "Se gli europei avranno la forza e il coraggio di portare a compimento una drastica regolamentazione del mercato finanziario, potremmo pensare di diventare a medio termine una zona di stabilità. Se falliremo, il peso dell'Europa continuerà a diminuire, mentre il mondo si avvia verso il duumvirato Washington-Pechino".⁴¹

Eppure, nonostante le divergenze sull'azione della finanza globale, tanto Guarino quanto Schmidt ritengono necessaria una risposta politica in grado di contenerla, che né l'Unione europea né il *Financial Stability Board* od altre istituzioni internazionali sono finora riuscite a dare.⁴² E alla medesima conclusione giungono altri autori diversamente orientati, da chi ritiene che la finanza rimane uno strumento necessario della crescita dell'economia reale,⁴³ a quanti, senza negarlo, ragionano nondimeno dell'avvento di un capitalismo finanziario che avrebbe strutturalmente mutato la natura del capitalismo occidentale.⁴⁴

6. FINANZA GLOBALE E PROCESSI DI DIFFERENZIAZIONE

Il consenso sul tipo di risposte che si rendono necessarie di fronte alla espansione illimitata e incontrollata della finanza globale è dunque molto diffuso. Si tratta di risposte politiche che solo gli Stati possono dare, e la cui efficacia è condizionata alla possibilità di coinvolgerli tutti, per evitare che gli scambi finanziari si concentrino sul territorio dello Stato che rifiuti di sottoporli a regole e controlli.⁴⁵ Teubner, lo abbiamo visto, condivide la necessità di una risposta politica nonostante neghi che il potenziale trasformativo di ogni sistema parziale possa venire imposto dall'esterno, come avverrebbe se una normativa internazionale disponesse regole e controlli sui mercati

⁴¹ H.Schmidt, *La Germania in, con e per l'Europa*, Discorso al congresso SPD del 4 dicembre 2011, FEPS, Bruxelles, 2012, 200-201 (trad.it.). V. pure di recente Id., *L'essenza del bene comune* (2008), Fazi, Roma, 2009.

⁴² H.Schmidt, *La Germania*, cit., 199, e G.Guarino, *L'Europa imperfetta*, cit., 228 ss.

⁴³ S.Rossi, *Processo alla finanza*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 35.

⁴⁴ G.Ruffolo e S.Sylos Labini, *Il film della crisi. La mutazione del capitalismo*, Torino, Einaudi, 2012, 44.

⁴⁵ S.Rossi, *Processo alla finanza*, cit., 43.

finanziari. Possiamo chiederci a questo punto se i mercati finanziari abbiano realizzato un sistema parziale assimilabile a quelli teorizzati da Teubner.

La risposta è negativa, anche secondo studiosi che seguono il suo indirizzo. Costoro osservano che gli effetti più importanti della deregolamentazione dei mercati finanziari compiuta dagli Stati occidentali a partire dagli anni Ottanta dello scorso secolo vadano misurati non tanto in termini di attenuazione del controllo pubblico su di essi, quanto di trasformazione degli stessi titolari dei pubblici poteri, sulla spinta dell'ideologia monetarista, in esecutori della volontà degli operatori privati, col risultato di cancellare progressivamente la differenziazione fra razionalità politica ed altre forme di razionalità sociale come quella economica, e di sottomettere l'intera società a una singola forma di razionalità.⁴⁶

Come tutte le ideologie fondamentaliste, si aggiunge, anche il neoliberalismo mira a superare quello che Luhmann aveva chiamato il "peccato originale" della differenziazione funzionale: e se il totalitarismo della prima metà del xx secolo aveva sottomesso immediatamente la società alla politica senza ricorrere a un universo semantico esterno alla politica, il neoliberalismo e altre forme di fondamentalismo (nazionalistico, religioso, ecologico) vi fanno al contrario ricorso, ma sempre per sottomettere la società a un'ideologia politica totalizzante. La logica economicistica operante nel neoliberalismo rifletterebbe dunque un obiettivo politico e solo secondariamente economico.⁴⁷ Su questa premessa, l'ipotesi dell'emergere di un ordine transnazionale basato su un'accelerata differenziazione dei sistemi sociali, anziché continuare a presupporre una politica incentrata sulla dimensione statale, dovrebbero prendere atto che il rapporto politica-diritto si è adeguato alla scala transnazionale della società mondiale.⁴⁸

Dallo studio citato si ricava uno spunto prezioso: nella misura in cui "l'obbligo di produrre sempre di più", lasciato privo di freni, tende a modellare la società secondo un proprio disegno politico, il funzionamento dei mercati globali spinge nella direzione opposta alla crescita della differenziazione indotta dalla globalizzazione.

Un Rapporto di J.P.Morgan non solo ha confermato simile tendenza, ma ne ha esteso il raggio d'azione alle Costituzioni democratiche. Esso

⁴⁶ P.Kjaer, *Law and Order Within and Beyond National Configurations*, in *Normative Orders Working Paper* 02/2010, <www.normativeorders.net>, 33.

⁴⁷ P.Kjaer, *Law and Order*, cit., 35.

⁴⁸ P.Kjaer, *Law and Order*, cit., 38.

spiega la crisi dell'eurozona con il fatto che i sistemi politici della "periferia" (Italia, Grecia, Spagna e Portogallo) furono instaurati all'indomani di dittature e vennero predeterminati da quell'esperienza. Le loro Costituzioni dimostrano una forte influenza socialista per via del successo che la sinistra aveva ottenuto con la sconfitta del fascismo, e risultano caratterizzati da governi deboli, stati centrali inermi di fronte alle regioni, protezione costituzionale dei diritti dei lavoratori, sistemi di creazione del consenso che alimentano il clientelismo politico, diritto al dissenso di fronte a modifiche sgradite dello *status quo*. Gli effetti negativi di queste tendenze sono stati rivelati dalla crisi dell'eurozona, ma i governi sono riusciti solo in parte a far avanzare riforme finanziarie ed economiche a causa di vincoli costituzionali (Portogallo), regioni potenti (Spagna) o l'ascesa di partiti populistici (Grecia e Italia).⁴⁹

Non è necessario ribattere punto per punto a una ricostruzione tanto generica e strumentale dell'avvento delle Costituzioni democratiche nei Paesi dell'Europa mediterranea e della loro attuale funzione. E' invece utile segnalare come uno dei maggiori protagonisti della finanza globale individui in esse il punto di maggior resistenza alla penetrazione dell'ideologia politica totalizzante di cui si fa portavoce.

Che la finanza globale non si limiti a scaricare gli effetti dell'imperativo della crescita indiscriminata — come nel caso della crisi dei derivati — sui bilanci degli Stati e quindi sui cittadini,⁵⁰ ma per bocca di propri autorevoli esponenti ricerchi poi nelle Costituzioni di quegli Stati la ragione della crisi finanziaria da essa provocata, può provocare comprensibili reazioni di conservazione. Ma per quanto la perdita di sovranità venga perciò sempre più spesso presentata "come un'autentica spoliazione ad opera di poteri che spadroneggiano su di noi da un mondo che ci sovrasta", dobbiamo chiederci se essa ci consenta "di rimettere il dentifricio nel tubetto" o debba piuttosto "portarci a rendere più forte, con meno buchi e più rispondente alle nostre aspettative, il tubetto più grande con il quale siamo comunque

⁴⁹ J.P.Morgan, *The Euro area adjustment: about halfway there*, in *Europe Economic Research*, 28 May 2013, 12.

⁵⁰ Se è vero, come nota S.Rossi, *Processo alla finanza*, cit., 87, che "Da che mondo è mondo, i debitori stanno dalla parte del torto", nel senso che "il peccato originale è di chi s'indebita, quando lo fa non per investire per il futuro ma per consumare nel presente", è pur vero che il debito pubblico di quegli Stati si era formato nei decenni precedenti, e che solo la crisi generata dalla sregolatezza della finanza globale lo ha fatto percepire come insostenibile.

alle prese”, nonché se sia rimasto uno spazio per il tubetto più piccolo, ossia per lo stato.⁵¹

7. UN TENTATIVO DI RIDEFINIRE LA POSTA IN GIOCO PER IL COSTITUZIONALISMO DEMOCRATICO

Lo studio qui condotto è maturato sullo sfondo di questo interrogativo, anche se, invece di rispondervi direttamente, ricerca la tenuta delle principali ipotesi teoriche sul costituzionalismo globale, compresa la capacità di inquadrare nei rispettivi schemi le modalità di strutturazione e di funzionamento dei mercati finanziari.

A prima vista, la risposta è deludente. Una parte rilevante di quelle ipotesi teoriche, dovute per lo più a giuristi di diverse estrazioni disciplinari, non sembra superare il dilemma della frammentazione, né include i mercati finanziari nel suo campo di osservazione. L'ipotesi del costituzionalismo sociale, vista la matrice luhmaniana, può invece inquadrare la frammentazione nello schema teorico della differenziazione dei sistemi sociali, prospetta al riguardo soluzioni con una padronanza analitica sconosciuta ai giuristi, e si occupa diffusamente dei processi di globalizzazione finanziaria. Ma di fronte alla questione del contenimento degli effetti distruttivi posti dall'“obbligo della crescita” nel campo dei mercati finanziari, essa abbandona la sequenza “pressione esterna”/“autolimitazione” e ritorna ai tradizionali strumenti della politica e del diritto, con soluzioni dal contenuto simile a quelle dei pochi politici e giuristi che dell'“obbligo della crescita” hanno da tempo compreso i pericoli per la convivenza.

In compenso, la ricerca delle ragioni di questa contraddizione ci ha guidato a un risultato inaspettato. Se, come dice Kjaer, la razionalità dei mercati finanziari va assimilata a quella dei fondamentalismi di altro tipo presenti su scala globale, e le sue potenzialità distruttive a quelle dei totalitarismi politici, siamo in grado di identificare un “sistema parziale” che non si limita a seguire l'imperativo della crescita illimitata nel suo proprio ambito, ma mira a farsi “totale” fino a bloccare la stessa dinamica della differenziazione. E' proprio a questo punto che la teoria del costituzionalismo sociale fornisce un apporto prezioso a un discorso costituzionale sulla globalizzazione.

⁵¹ G. Amato, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, 2.

Si noti che per Teubner il problema del costituzionalismo sociale non nasce con la globalizzazione, ma è solo acuito da essa drasticamente: “Di fronte all’energia radiante dello stato e della sua costituzione politica, determinate costituzioni sociali sono sempre in una strana penombra, seppure per ragioni diverse”.⁵² Occultate dal tema delle libertà individuali all’epoca dello Stato liberale, poi assoggettate alla pretesa di dominio statale durante il totalitarismo, “le costituzioni sociali parziali autonome” non sono state riconosciute ufficialmente dalle costituzioni del tardo xx secolo, le quali però “al tempo stesso hanno stabilito un peculiare equilibrio tra un costituzionalismo statale, che estende man mano le disposizioni della costituzione politica ad ambiti sociali, e un pluralismo costituzionale, in cui lo stato di fatto rispetta le costituzioni proprie della società”.⁵³

Se la vicenda delle “costituzioni sociali parziali autonome” si risolve in quella del posto del pluralismo nell’evoluzione del costituzionalismo europeo-continentale,⁵⁴ si può dire qualcosa di più dell’ultima fase del suo sviluppo, quando, per usare il linguaggio della Costituzione italiana, le formazioni sociali saranno riconosciute, senza però venire istituzionalizzate. Più che di una scelta ambivalente o di un “peculiare equilibrio”, si tratta di un sofisticato intreccio fra assegnazione alla politica democratica del primato nei processi decisionali e precostituzione di un limite strutturale agli eccessi distruttivi dell’artificio politico, che viene potenziato sul terreno del rapporto fra interno ed esterno, dove determinate condizioni costituzionali di apertura al diritto internazionale e sovranazionale vengono tradotte in corrispondenti limitazioni di sovranità. A contare sono comunque i principi, ma i risultati dell’intreccio non vengono prefigurati, e ogni armonia prestabilita è esclusa.⁵⁵

Del resto, questo è solo uno dei risvolti di un tratto profondo di quelle costituzioni. Come dimostrano le procedure di revisione, e la scarsa capacità predittiva dei loro principi, esse hanno abbandonato la pretesa di possedere il tempo, che accomuna Licurgo agli enunciati costituzionali postrivoluzio-

⁵² G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., II.

⁵³ G. Teubner, *Nuovi conflitti*, cit., II.

⁵⁴ Come nota F. Rimoli, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, 2012, 369-370.

⁵⁵ C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2002, 231.

nari che affidavano a ogni generazione il diritto di disporre sovranamente del proprio futuro. Piuttosto, nello strutturare l'intreccio fra le istituzioni variamente autorizzate a perseguire i principi, come quello tra sfera politica e ambiti economici e sociali, le costituzioni democratiche confidano nel tempo. Le memorie del passato costituzionale sono corrispondentemente differenziate, e virtù trasformative e apprendimenti autocorrettivi dei cittadini sono incentivati in vista di preparare il futuro.

La posta in gioco andrebbe allora ridefinita. Non consisterebbe nell'esautoramento della sovranità statale, ma nella vanificazione del disegno costituzionale di società già internamente differenziate, e aperte a reciproci apprendimenti. Corrispondentemente, la minaccia non proverebbe dai processi di differenziazione funzionale realizzati su scala globale, bensì dall'opposta tendenza a chiudere gli spazi costituzionali del pluralismo in nome di una razionalità totalizzante e autoreferenziale.

In questo senso si rende possibile trascrivere il concetto funzionale di costituzione proposto da Teubner nei termini delle teorie costituzionali formatesi intorno al costituzionalismo. Parallelamente, esaminando la sua distinzione fra "norme costituzionali costitutive" e "norme limitative", o fra costituzione in senso strutturale e in senso funzionale, Mario Dogliani ha fatto notare che se per l'A. la prima non riesce ad arginare le tendenze autodistruttive derivanti dalla dinamica espansiva di ciascun sistema parziale, solo la costituzione in senso funzionale, come insieme di regole limitative e correttive di quella dinamica, corrisponde a un concetto di costituzione in senso compiuto, e al costituzionalismo "inteso come progetto di trattare responsabilmente i conflitti".⁵⁶

Indipendentemente da certi suoi esiti, l'analisi dei processi di differenziazione funzionale si colloca sulla stessa lunghezza d'onda di un costituzionalismo messo ancora una volta alla prova, e che impara a riconoscere la posta in gioco e a preparare conseguenti risposte.

⁵⁶ M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale. A proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Diritto pubblico*, 2009, 314-315.